



Universitat de Lleida

Document downloaded from:

<http://hdl.handle.net/10459.1/63094>

The final publication is available at:

<https://doi.org/10.15304/dereito.26.2.3978>

Copyright

(c) Universidade de Santiago de Compostela. Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2018

**NUEVAS OPORTUNIDADES PARA LA JUSTICIA RESTAURATIVA
EN EL SISTEMA PENAL TRAS LAS REFORMAS LEGALES DEL
AÑO 2015: ESPECIAL INCIDENCIA EN LA VIOLENCIA DE
GÉNERO^{1 2}**

NEW OPPORTUNITIES TO RESTORATIVE JUSTICE IN CRIMINAL
SYSTEM AFTER LEGAL REFORMS IMPLEMENTED IN 2015: SPECIAL
IMPACT ON GENDER VIOLENCE

Resumen: Es indudable el interés creciente a nivel mundial, y fundamentalmente a lo largo de los últimos 30 años, para la atención a las víctimas y para la búsqueda de mecanismos que favorezcan la reparación del daño, entre ellos, la justicia restaurativa, pues esta tendencia prioriza compensar en vez de castigar, reintegrar en vez de excluir y mediar en lugar de imponer.

Este estudio pretende analizar la aplicabilidad de la justicia restaurativa en general y de la mediación penal en particular como herramienta adecuada en supuestos controvertidos y problemáticos como la violencia en la familia, más concretamente la violencia de género, a raíz de la vigente prohibición contenida en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. Para ello, se examinará esta prohibición y su origen, para luego profundizar sobre las experiencias comparadas y los proyectos piloto *extra legem* nacionales desarrollados dentro del movimiento de empoderamiento de las víctimas.

Palabras clave: justicia restaurativa; mediación penal; violencia de género; Ley Orgánica 1/2004; empoderamiento.

¹ El presente estudio ha sido galardonado con el primer premio Melchor Almagro Díaz 2016 para trabajos de estudio e investigación sobre cuestiones jurídicas, premio concedido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

² Este estudio se enmarca dentro del proyecto "Formas contemporáneas de violencia de género: mecanismos jurídicos de protección de las víctimas" (DER2015-64506-C2-1-R) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Abstract: The increasing interest worldwide throughout last 30 years for the attention to the victims is undoubted, and also for the search of mechanisms that favour the damage repair, between them, the restorative justice, since this movement prioritize to compensate instead of punishing, to restore instead of excluding and to mediate instead of imposing.

This study tries to analyse the applicability of the restorative justice in general and especially of the penal mediation as a suitable tool in controversial and problematic cases as domestic violence, more concretely gender violence, due to the in force prohibition contained in the Organic Act 1/2004 of 28 December. For it, this prohibition and its origin will be examined, and then go into detail about comparative experiences and national *extra legem* pilot projects which are developed inside victim's empowerment movement.

Keywords: restorative justice; penal mediation; gender violence; Organic Act 1/2004; empowerment.

SUMARIO.

1. INTRODUCCIÓN.- 2. LA VIOLENCIA DE GÉNERO, UNA DE LAS ÁREAS CONTROVERTIDAS PARA LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL.- 2.1 Prohibición explícita de mediar en supuestos de violencia de género.- 2.2 Interés creciente por la mediación penal en supuestos de violencia de género.- 2.2.1 *Especial mención a la "posición de igualdad" entre las partes.*- 2.2.2 *Necesidad de denunciar para acceder al sistema de ayudas.*- 2.3. Análisis de la prohibición.- 2.4. ¿Determinación de un concreto catálogo de delitos susceptibles de mediación penal?- 3. CONCLUSIONES.- 4. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY.

1. INTRODUCTION.- 2. THE GENDER VIOLENCE, ONE OF THE CONTROVERSIAL AREAS FOR THE PENAL MEDIATION'S APPLICATION.- 2.1 Explicit mediation's prohibition in gender violence's cases.- 2.2 Increasing interest for the penal mediation in gender violence's cases.-2.2.1 *Special mention to the "position of equality" between parties.*- 2.2.2 *Need to report to access to grants system.*- 2.3 Analysis of the prohibition.- 2.4 Determination of a concrete catalogue of crimes susceptible to penal mediation?- 3. CONCLUSIONS.- 4. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN.

Las reformas legales operadas durante el año 2015 -la modificación del régimen de la suspensión en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo³, y la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito⁴-, exteriorizan el protagonismo que el legislador español ha asignado a la justicia restaurativa en el ámbito de la jurisdicción penal ordinaria, tras el reconocimiento internacional de la misma⁵,

³ Al respecto, Vid. M. CORCOY BIDASOLO; S. MIR PUIG, *et al.* (Dir.). *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 1ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁴ Norma que ha sido desplegada por el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencias a las Víctimas del Delito. Con carácter general, vid. J. M^a. TAMARIT SUMALLA (Coord.), *et al.* *El Estatuto de las Víctimas de Delitos*, 1ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2015. Así como V. MAGRO SERVET. "Novedades de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito y especial incidencia en la violencia de género". *Diario La Ley*, nº 6220/2015, 9-5 noviembre 2015, pp. 7-12.

⁵ En este ámbito supranacional, la justicia restaurativa no es un paradigma nuevo, pues desde hace tiempo viene apostándose por la búsqueda de alternativas a la excesiva judicialización de conflictos, recomendando a los Estados la introducción en sus ordenamientos nacionales de prácticas reparadoras. Al respecto, Vid. NACIONES UNIDAS, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*. Informe. Inédito, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2006; así como también M. JIMENO BULNES. "¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española". *Diario La Ley*, nº 5646/2015, 19-25 octubre 2015, pp. 12-23. Además, cabe mencionar el *European Forum for*

sobre todo fruto del escenario creado en la Unión Europea a través de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre⁶.

Sin embargo, hasta fecha reciente no existe aún para esta institución articulación legal con carácter general en la norma procesal penal ordinaria. De hecho, y como es sabido, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no dedica disposición alguna a la justicia restaurativa, a pesar de haber sido modificada recientemente. Ello conduce a una situación de anomia que comporta una verdadera inseguridad jurídica, pues los operadores jurídicos españoles no parten de base jurídica suficiente para dar aplicabilidad práctica a este instrumento reparador⁷.

Pero al margen de esta cuestión, ampliamente debatida y discutida⁸, centra el interés del presente estudio el hecho de que, fuera de la norma penal sustantiva y procesal ordinaria, la previsión de la justicia restaurativa para el proceso penal de adultos en España

Restorative Justice, organización que se dedica a ayudar a establecer y desarrollar la justicia restaurativa en Europa. Por ello, resulta interesante la consulta de su página web institucional <<http://www.euforumrj.org>>.

⁶ Directiva que sustituye a la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo. Con carácter general, J. M^a. TAMARIT SUMALLA. "El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012". *Ars Iuris Salmanticensis: Revista Europea e Iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología. Estudios*, nº 1, Junio 2013, pp. 139-160.

⁷ En este sentido, A. ARMENGOT VILAPLANA. "La incorporación de la mediación en el proceso penal español". *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 106, Enero-febrero 2014, pp. 91-113; C. CUADRADO SALINAS. "La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?" *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, 2015, pp. 1-25.

⁸ Al respecto, S. BARONA VILAR. "La mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa". *Revista de Derecho Penal*, nº 26, 2009, pp. 11-53; F. CORSÓN PEREIRA; E. GUTIÉRREZ HERMANZ. *Mediación y Teoría. Colección práctica de mediación*, 1ª Ed. Dykinson, Madrid, 2014; así como V. MAGRO SERVET; C. HERNÁNDEZ RAMOS; J.P. CUÉLLAR OTÓN. *Mediación penal: una visión práctica desde dentro hacia fuera*, 1ª Ed. Editorial Club Universitario, Alicante, 2013. Asimismo, Vid. M^a. C. MARTÍNEZ SÁNCHEZ. "La justicia restaurativa y un modelo integrador de justicia penal". *Revista de Derecho UNED*, nº 16, 2015, pp. 1237-1263; I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, et al. *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, 1ª Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2013; y J. M^a. TAMARIT SUMALLA (Coord.). *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, 1ª Ed. Editorial Comares S.L., Granada, octubre 2012.

tiene lugar en clave negativa actualmente, mediante la prohibición contenida en el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LO 1/2004). Esta norma modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y, en consecuencia, adiciona un artículo 87 Ter apartado 5º bajo el cual se expone, de forma explícita, que para un determinado tipo de víctimas, las de violencia de género, la mediación⁹ está prohibida. Así, nos encontramos con que, paradójicamente, dicha herramienta, sin haber sido previamente regulada, resulta vedada categóricamente tras la modificación antes mencionada.

Por lo tanto, la realidad evidencia un creciente apoyo a la mediación penal. Sin embargo, el reconocimiento hacia esta institución resulta más controvertido en determinados ámbitos de la criminalidad, como sucede con la violencia de género, dada su particularidad social y jurídica, amén de la oposición que a esta posibilidad se ha evidenciado desde algunos sectores de las filas feministas¹⁰.

Al respecto, cabe destacar el acomodo que la referida prohibición legal ha encontrado dentro del programa de protección de víctimas realizado en sede europea. Así, la jurisprudencia europea ha entendido compatible dentro de la previsión general de la mediación dispuesta en la Directiva 2012/29/UE la exclusión de la misma para determinado tipo de delitos, como es, en el caso español, aquellos cometidos en el ámbito de la violencia de género.

No obstante, si bien la LO 1/2004, aprobada por unanimidad, resulta positivamente novedosa en la medida en que aborda la

⁹ Siendo la mediación penal uno de los modelos de justicia restaurativa más representativo entre los países del *Civil Law*.

¹⁰ Lo antedicho fomentó una política criminal que a partir del año 2003 condujo a determinadas reformas penales, entre ellas, la Ley objeto de estudio. En este sentido, Vid. C. VILLACAMPA ESTIARTE. "Justicia restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género". *Revista Penal*, nº 30, Julio 2012, pp. 177-216.

violencia de género desde un punto de vista multidisciplinar, dicha unanimidad parlamentaria se torna en desacuerdo doctrinal y práctico en cuanto a las medidas penales que, desafortunadamente, se han convertido en las más populares. Por un lado, se cuestiona el fundamento de violencia de género que el legislador español plasma en dicha Ley Orgánica, trasluciéndose la incongruencia entre la Exposición de Motivos y su articulado. Asimismo, se discute acerca de la eficacia real de las medidas previstas y sus repercusiones en la práctica¹¹.

Por otro lado, las experiencias comparadas han permitido que en España existiera un progresivo interés por la mediación penal en estos supuestos, pues han desvelado la adecuación de esta herramienta para reducir la violencia de género¹². Por este motivo, en el Estado español se han ido desarrollado experiencias en este tipo de violencia, aunque de forma tímida debido a la prohibición antes aludida. Todo ello al margen de los proyectos piloto *extra legem* de mediación que la práctica judicial y forense española ha ido implantando para el proceso penal de adultos, con anticipación a cualesquiera disposiciones legales¹³.

¹¹ Sobre las repercusiones de la LO 1/2004 en la práctica hasta el momento, véase P. FARALDO CABANA; M^a. A. CATALINA BENAVENTE, "La formación y especialización de los agentes implicados en la lucha contra la violencia de género". *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 28, nº 2, 2016, pp. 181-215. Asimismo, y sin ánimo de ser exhaustivos, vid. M. A. CARBALLO CUERVO, "Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género". A *Violencia Doméstica*. 1ª Ed. Sepin Editorial Jurídica, Las Rozas (Madrid), 2005, pp. 11-78; P. ESQUINAS VALVERDE. *Mediación entre víctima y agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?* 1ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; o también J. FERNÁNDEZ NIETO; A. M. SOLÉ RAMÓN. *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género: un enfoque actual práctico*, 1ª Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011. Igualmente, C. A. PÉREZ GINÉS. "La mediación penal en el ámbito de la violencia de género "o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento"". *Diario La Ley*, nº 7397, 2010, pp. 56-68; y J. L. RODRÍGUEZ LAINZ. "Mediación penal y violencia de género". *Diario La Ley*, nº 7557, 2011.

¹² Con carácter general, véase S. BARONA VILAR, *et al* (Dir.). *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos*, 1ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

¹³ Entre otros, L. F. JORGE MESAS. "La mediación en el proceso penal español. Experiencias en la jurisdicción ordinaria (adultos)". *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº

Y, además, cierta parte de la doctrina ha profundizado en la interdicción, entendiendo permitida la mediación penal en algunos supuestos y considerando formalmente admisible otro tipo de prácticas restaurativas, habida cuenta la exclusiva mención legal a la mediación penal en el contenido de la prohibición.

Finalmente, en relación con la violencia familiar en general y la violencia de género en particular, nos daremos cuenta de que más allá del concepto tradicional de violencia de género que plasma el mencionado artículo 1.1 de la LO 1/2004, centrado en las situaciones de dominación, superioridad, agresión y maltrato que acontecen en el marco de una relación de pareja, la realidad evidencia otras formas contemporáneas de violencia que repercuten de forma especialmente gravosa sobre la mujer. Ejemplos de ello pueden ser el matrimonio forzado o el delito de *stalking*. Así, ambas conductas han sido tipificadas en el reformado Código Penal y, para ellas, la mediación penal o incluso otro tipo de prácticas reparadoras de carácter más complejo como los encuentros restaurativos (*conferencing*), conocidos asimismo como conferencias comunitarias o de grupo familiar en su caso (*family group conferencing*) y los círculos de sentencia (*sentencing circles*), también denominados tratados de paz-modelos de justicia restauradora más propios del *Common Law*-, quizás podrían contribuir a una mejor resolución de los conflictos personales y familiares¹⁴. Así lo demuestran las experiencias

498, Julio 2001, pp. 1-8. Al respecto, el Consejo General del Poder Judicial ha sido una de las instituciones públicas que ha mostrado apoyo en este sentido, destacándose CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía práctica de actuación contra la violencia doméstica*. Informe. Inédito. Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, 21 de marzo de 2001; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Mediación intrajudicial en España, datos 2015*. Informe. Inédito. Consejo General del Poder Judicial, 2016; así como también A. MONTSERRAT QUINTANA (Dir.). "Guía para la práctica de la mediación intrajudicial". *Revista del Poder Judicial* (Consejo General del Poder Judicial), Madrid, 2013, pp. 87-120.

¹⁴ La característica de tales prácticas es que las mismas involucran a un mayor número de participantes en el proceso de negociación. Así, bien de carácter familiar en el primer caso, mediante la reunión de víctima, infractor, familiares de ambos y en su caso amigos y/o vecinos; o bien de carácter institucional en el segundo,

comparadas en el ámbito anglosajón (Nueva Zelanda o EEUU, como el modelo *Duluth*)¹⁵.

De todos estos aspectos va a tratar este estudio, procurando arrojar luz sobre la materia planteada.

2. LA VIOLENCIA DE GÉNERO, UNA DE LAS ÁREAS CONTROVERTIDAS PARA LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL.

2.1 Prohibición explícita de mediar en supuestos de violencia de género.

Ciertamente, nos encontramos ante un tema, el de la violencia doméstica y de género, que ha pasado de ser considerado un asunto privado que se solucionaba dentro del hogar, a una cuestión de enorme trascendencia social en la que se ha implicado toda la sociedad. Esto, empezando por los medios de comunicación y pasando por los operadores jurídicos, las asociaciones tanto feministas como no feministas, entre otros; habida cuenta de que, desgraciadamente, es causa de un elevado porcentaje de muertes año tras año¹⁶.

La preocupación social por abordar esta problemática derivó hacia una preocupación política, la cual supuso que el legislador español tomase conciencia sobre este particular y realizase una política criminal visible de igualdad con la finalidad de aumentar supuestamente la protección de las víctimas de estos delitos. Ello se tradujo en importantes reformas legales, institucionales y políticas, más punitivistas, como la mencionada LO 1/2004, que vetó la

sobre un plan de sentencia, mediante la convocatoria a víctima, infractor, defensores de ambos, policía, fiscalía, etc.

¹⁵ Véase C. VILLACAMPA ESTIARTE, *ob.cit.*, p. 5. En este artículo, la autora expone experiencias emblemáticas tanto de *conferencing*, como de *circles* y de mediación, producidas en otros países.

¹⁶ Para una amplia visión de la violencia de género inserta en el sistema judicial penal, Véase C. VILLACAMPA ESTIARTE, *et al.* (coord.). *Violencia de género y sistema de justicia penal*, 1ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

mediación penal para estos supuestos¹⁷. Se evidencia, pues, la excesiva intervención del derecho penal respecto a la violencia doméstica y de género.

Pero lo cierto es que tampoco debe extrañar la posición que adoptó en su momento el legislador español, pues se trata de una materia tan delicada y controvertida que un mínimo sentido de la responsabilidad aconsejaría no plantearse siquiera esta cuestión.

A raíz de ello, los alegatos a favor de la prohibición de mediar¹⁸ radican en que la violencia de género es uno de los hechos más detestables de nuestra sociedad, de tal suerte que dicha institución supone una mayor victimización de la mujer y que su admisión implica la comprensión de la violencia de género como una violencia dirigida contra la propia institución familiar, convirtiéndola en un asunto privado, de familia, que el propio grupo tiene que resolver. Además, la mujer, debido a sus características peculiares, se expone a ocupar una posición de inferioridad en el marco de las negociaciones ya que, entre otros motivos, conseguir la igualdad entre partes es complicado, afirmándose en algunos casos que la mediación es imposible en un contexto de desequilibrio de poder entre la mujer maltratada y su agresor. Por lo tanto, la razón de tan tajante prescripción legal viene dada por el reconocimiento de la situación de precariedad física y emocional de la víctima, ubicada en el círculo de la violencia.

¹⁷ Vid. M^a. J. GUARDIOLA LAGO, "La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal". *Revista General de Derecho Penal*, nº 12, 2009, pp. 1-41.

¹⁸ C. VILLACAMPA ESTIARTE, *ob.cit.*, p. 5, expone los argumentos contra el empleo de la justicia restaurativa en supuestos de violencia doméstica. Igualmente, N. BELLOSO MARTÍN. "El paradigma conflictivo de la penalidad, la respuesta restaurativa para la delincuencia". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, nº 20, 2010, pp. 1-20; así como también F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, "Posibilidades y límites de aplicación de la mediación penal en casos de violencia de género" en M. S. Rodríguez Calvo (Dir.), *et al.*, *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 311-332.

Igualmente, se perciben algunos obstáculos para realizar una mediación penal en este tipo de conflictos, a saber:

Por un lado, la imposibilidad de imponer una pena judicial a través del simple mecanismo de la mediación, que no es un procedimiento jurisdiccional, pues no puede aplicar ni una pena privativa de libertad ni una orden de alejamiento o prohibición de comunicación o residencia, por lo que, al no satisfacer los fines de la prevención general, recurrir a esta técnica desjudicializadora puede suponer la pérdida del efecto simbólico característico del derecho penal. Por este motivo, la mediación conlleva un riesgo para la integridad física de los afectados, pues no puede, por sí sola, detener el ejercicio de la violencia ni es suficiente para modificar la conducta violenta del agresor.

Por otro lado, también es cierto que esta herramienta, procedente de otras tradiciones jurídicas, puede resultar difícil de importar al ordenamiento jurídico-penal español.

Además, conviene hacer una apreciación al respecto. La normativa supranacional, entre ella, la europea, establece la obligación de que los Estados introduzcan reformas legislativas para impulsar la mediación en las causas penales, lo cual España incumple de manera flagrante al no prever mecanismos legales que reconozcan y potencien la mediación en su ley procesal o en el Código Penal. No obstante, sin haber regulado esta institución, la prohíbe curiosamente en algunos casos de violencia de género.

Más allá de esta contradicción, España no incumple dicha normativa internacional por el hecho de prohibir la mediación penal en los casos de violencia de género. Y ello es debido a la prudencia de la Unión Europea a la hora de establecer la obligación de los Estados de implantar la mediación, ya que ésta se refiere «a las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida». Por lo tanto, en las infracciones que los Estados miembros estimen convenientes, la

Unión Europea establece la obligación de que éstos impulsen esta herramienta restaurativa y velen para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo que se haya alcanzado con ocasión de la misma¹⁹.

De hecho, España no es el único país que prohíbe la mediación explícitamente en determinados casos. Portugal excluye, en la Ley que regula la mediación, la posibilidad de practicarla en delitos graves –en este caso, con pena de prisión superior a cinco años- o en los casos de delitos contra la libertad o autodeterminación sexual, entre otros²⁰. Y Bélgica también aprobó la Ley de mediación penal en el año 1994, permitiéndola solo en delitos con penas inferiores a dos años.

Sin embargo, debe advertirse que esta no suele ser la práctica habitual en las legislaciones ni en los documentos supranacionales que se ocupan de la justicia restaurativa.

2.2 Interés creciente por la mediación penal en supuestos de violencia de género.

Como es sabido, esta institución restaurativa nació en Estados Unidos, cuyos buenos resultados hicieron que la misma creciera rápidamente y se incorporara al sistema legal de algunos Estados, expandiéndose hacia Europa un poco más tarde donde, aunque sean pocos los países donde actualmente está regulada, la tendencia va en aumento. Por ello, si bien hablar de la posibilidad de introducir la mediación penal en los delitos violentos, sobre todo en los delitos de violencia de género, puede producir y generar una reacción negativa generalizada, no es menos cierto que esta herramienta conlleva de

¹⁹ Por lo tanto, la exclusión de la mediación para determinado tipo de delitos, en nuestro caso, aquellos cometidos en el ámbito de la violencia de género, viene amparada por la prescripción «si procede» contenida en el artículo 12.2 de la Directiva 2012/29/UE. En este sentido, Vid. STJUE en el caso *Magatte Gueye* dictada el 15 de septiembre de 2011, al hilo de la cuestión prejudicial planteada por la AP de Tarragona.

²⁰ Vid. M. HEREDIA PUENTE, "Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal". *Diario La Ley. Sección Doctrina*, nº 7257, 7 de octubre del 2009, pp. 1-10.

forma intrínseca una fórmula de resolución de conflictos que se encuentra en auge en España²¹ y que puede resultar adecuada en algunos supuestos de violencia, en sintonía con los países de nuestro entorno.

En el Estado español, a pesar de las Leyes promulgadas a efectos de atajar los actos de violencia de género, como la anunciada LO 1/2004, no se ha apreciado una disminución de tales casos sino que, por el contrario, se ha experimentado un incremento²². Esto ha desembocado en unos resultados ciertamente desesperanzadores, llegando a plantearse la utilidad y eficacia de la Ley²³ y, en consecuencia, a abogar por el escaso éxito de la misma. Si bien es cierto que se ha reforzado la lucha contra este tipo de violencia mediante una Ley Orgánica que aborda la problemática desde una perspectiva multidisciplinar, introduciendo distintas medidas claramente positivas y desde luego necesarias (educativas, sanitarias, publicitarias, etc.), a pesar de ello no se han alcanzado los

²¹ Por todos, M. HÉRCULES DE SOLÁS CARDEÑA, "La mediación como herramienta resolutoria en determinados casos de violencia de género", *Documentos de Trabajo Social*, nº 52, 2013, pp. 255-272; así como R. CASTILLEJO MANZANARES; C. TORRADO TARRÍO; C. ALONSO SALGADO, "Mediación en violencia de género", *Revista de Mediación*, nº 7, Mayo 2011, pp. 38-45.

²² En este contexto, y tal y como expone A. BELTRÁN MONTOLIÚ en "Justicia restaurativa y mediación penal en los modelos anglosajones", *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV (ReCrim)*, nº 11, 2014, pp. 23-52; «la mayoría de las denuncias son como resultado de los atestados llevados a cabo por la policía; otras, por remisión de los partes de lesiones desde los centros hospitalarios; y, las menos, las presentan las propias víctimas».

²³ En el último informe publicado por el Observatorio sobre víctimas mortales de la violencia de género y de la violencia doméstica en el ámbito de la pareja o ex pareja, el correspondiente al año 2014, se vislumbra que el número de mujeres muertas en este ámbito durante el año 2014 asciende a 54, el mismo número de mujeres que en el año 2013. Y de esas 54, 18 mujeres -el 33,3% de las víctimas mortales- habían presentado denuncia, lo que supone un 11% más que en el año anterior, y el índice más alto desde 2007. Por lo que a presentación de denuncias se refiere, esta institución presidida por el Consejo General del Poder Judicial indica en sus estadísticas judiciales anuales que durante el año 2015 se recibieron un total de 129.193 denuncias y en el año 2016, 142.893, suponiendo una tasa de variación del 10,6%. Al respecto, vid. M^a. A. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La mediación en procesos por violencia de género*, 1^a Ed. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, S.A., Navarra, octubre 2015.

fines propuestos ni se han logrado los ambiciosos objetivos pretendidos por su Exposición de Motivos.

Lo expuesto anteriormente conduce a pensar que las líneas básicas de política criminal en esta materia no han sido las más acertadas. El exceso punitivo con que el legislador español ha intentado frenar en algunos casos el aumento de este tipo de delitos se ha traducido en un progresivo endurecimiento de las penas, que se aproxima a un sistema casi retributivo y que, en conclusión, no ha dado sus frutos en la lucha contra la violencia de género.

Además, y aún orientándose el conjunto de reformas a una mayor protección de la mujer víctima, ésta poco o nada puede decidir, ni siquiera opinar, ya que, para proteger a ésta se recurre al endurecimiento de la respuesta punitiva. Ello hace que se la prive de cualquier control sobre la intervención penal en cuestiones que afectan directamente a su vida cotidiana, ni siquiera por la valoración de un Juez o Tribunal que se ocupa del asunto, sino por el texto de una Ley redactada pensando exclusivamente en un prototipo de víctima -desvalida, incapaz de pensar en su propio interés-. De esta forma parece que el legislador pretende dar respuesta al llamado "síndrome de la mujer maltratada", caracterizado por síntomas de ansiedad extrema, depresión, sentimientos de baja autoestima y de culpa, sensación de desamparo e impotencia, provocados por parte de quien ejerce de forma circular y repetitiva la violencia (denominado como ciclo de la violencia).

Considerando todos estos indicativos del síndrome de la mujer maltratada, especialmente la dependencia emocional, el sentimiento de culpa y la indefensión aprendida, parece hasta cierto punto lógico que el legislador tome ciertas medidas, entre ellas, la prohibición de

mediar en dichos supuestos, pues se evita que la víctima pueda ser sometida a presiones por parte de su agresor²⁴.

No obstante, debe protegerse a las mujeres aceptando su decisión, no a costa de su decisión y, por ello, entendemos que la concepción anteriormente expuesta ignora por completo un dato que a nuestro juicio es clave para superar esta visión unívoca y, en consecuencia, simplista, de la mujer víctima de la violencia de género. En realidad, existen diversos grados de severidad y cronicidad en la violencia de género, de tal suerte que la víctima de este tipo de delitos no tiene por qué encontrarse sumida necesariamente en el "síndrome de la mujer maltratada", además de que tal síndrome, en el supuesto de que se produzca, no es perdurable en el tiempo. Si bien en algunos casos de violencia, sobre todo en supuestos de violencia habitual, la mujer puede llegar a perder la capacidad de decidir sobre su vida, en otros muchos no es así. E, igualmente, no en todos los casos donde se aprecie un delito de maltrato ocasional la víctima concreta será una mujer incapaz de actuar en su propio interés, con baja autoestima y dependencia emocional aprendida.

Este sistema propio de la LO 1/2004 trae, en definitiva, y en nuestra modesta opinión, una consecuencia directa: la *infantilización* de la mujer a la que se le presume su falta de autonomía y su incapacidad para tomar decisiones sobre su propia vida, amén de su invalidez para defenderse o razonar por sí misma²⁵. Así es como ve el legislador español a la mujer maltratada y así es como decide

²⁴ Al respecto, Vid. E. MARTÍNEZ GARCÍA. "Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el "ius puniendi" del Estado". *Revista de Derecho Penal*, nº 33, 2011, pp. 9-32.

²⁵ Así, P. LAURENZO COPELLO (coord.); M^a. L. MAQUEDA ABREU (coord.); A. M^a. RUBIO CASTRO (coord.) en *Género, violencia y derecho. La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo*, 1^a Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; concretamente, en las pp. 329-362 denomina *paternalismo punitivo* al hecho de sustituir completamente la voluntad de las mujeres por la voluntad del Estado y por la de aquellas asociaciones que se han erigido en representantes de todas las víctimas de la violencia sexista.

protegerla, exteriorizando dicha concepción tanto la Exposición de Motivos de la Ley como su primer precepto.

Lo antedicho pone de manifiesto la visión dicotómica de la víctima y la concepción por la que finalmente el legislador español se ha decantado. Así, ha adoptado un estereotipo de víctima de violencia de género que, en muchas ocasiones, no coincide con la realidad, con lo que este trato de todas las víctimas como un bloque monolítico²⁶, pretendiendo protegerlas de manera paternalista y sectorial, aún por encima de su voluntad, está derivando hacia una política criminal ineficaz con la lucha contra este tipo de violencia²⁷.

Toda esta situación expuesta incentiva y hace necesario otro enfoque objetivo de la problemática buscando nuevas opciones, entre ellas, la mediación y su intervención en el sistema procesal penal, pues su carácter discursivo puede resultar especialmente útil en delitos de naturaleza relacional como los que nos ocupan.

No procede aquí enumerar los múltiples beneficios que reporta esta herramienta reparadora, pues han sido estudiados ampliamente, destacando solamente que las dinámicas emocionales durante los encuentros de mediación pueden ayudar al agresor a reconocer su responsabilidad, además de poder reivindicar o recuperar socialmente a la víctima mediante su relato libre de los hechos. En este sentido, R. CASTILLEJO MANZANARES²⁸ expone que esta técnica «no sólo puede permitir que la víctima se sienta reparada, sino también que se restablezcan los cauces de comunicación rotos o deteriorados (...) Lo que subyace en los conflictos violentos en el ámbito doméstico es un deterioro relacional, cuya posible solución apunta a un procedimiento que tiende a restablecer la comunicación. Claro está, siempre que sea

²⁶ Al respecto, M^a. J. GUARDIOLA LAGO, *op.cit.*, p. 9.

²⁷ Sobre la visión estereotipada del fenómeno de la violencia de género, vid. F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *ob. cit.*, p. 9.

²⁸ Entre muchas de sus obras, vid. R. CASTILLEJO MANZANARES; M^a. A. CATALINA BENAVENTE. *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, 1^a Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

posible y previo trabajo individualizado de carácter terapéutico o pedagógico»²⁹.

Ahora bien, la mediación no tiene por qué verse estrictamente y esencialmente como una forma de recomponer las relaciones familiares, sino simplemente como el intento de alcanzar acuerdos por medio de los cuales el agresor reconoce los hechos, comportando una censura al mismo a través de la reparación a la víctima. Pero lo que también es cierto es que en algunos casos se pretende restaurar las relaciones quebrantadas: piénsese en el caso de que existan hijos menores de edad, en aras a evitar precisamente comportamientos violentos en el futuro (para evitar la reincidencia)³⁰.

Igualmente, debe reconocerse que, normalmente, las víctimas de estos delitos no están tan interesadas en la punición del delincuente como se podría llegar a imaginar, sobre todo en aquellos casos en los que subyace una relación entre autor y víctima previa, como es el supuesto que nos ocupa. Las mismas están más interesadas en recibir asistencia, protección y reparación por el delito padecido, así como en la rehabilitación de sus (ex)parejas; intereses a los que da satisfacción la mediación penal. Por este motivo, esta herramienta no solo se centra en el conflicto en concreto, como lo hace la justicia tradicional, sino que profundiza en toda la historia personal de las partes, afrontándose el problema con visión de futuro, procurando así la reeducación de las partes para evitar posibles desencuentros en un futuro.

Además, el fundamento de la víctima mujer de violencia de género al que antes se ha aludido irradia en todo el articulado de la LO 1/2004 y, por ende, también en la prohibición de mediar establecida en el artículo 44. Al respecto, y en este contexto,

²⁹ En este mismo sentido, véase M^a P. MUNUERA GÓMEZ; M^a E. BLANCO LARRIEUX. "Una mirada hacia mediar o no mediar en casos de violencia: Sara Cobb. *Revista de Mediación*, nº 7, mayo 2011, pp. 32-37.

³⁰ En términos de reducción de la reincidencia, véase F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *ob. cit.*, p. 9.

consideramos que esta prohibición incurre en el error de no diferenciar los distintos supuestos de maltrato y de violencia que se producen en la realidad. Así, no deben tratarse por igual supuestos de maltrato ocasional o puntual, que en algunos casos podrán provenir de una relación conflictiva de pareja, que los supuestos de violencia habitual o permanente. Y, por otro lado, si bien es cierto que habrá supuestos en los que la mujer no esté en condiciones de intervenir en una mediación, habrá otros en los que sí, y la decisión legislativa de prohibirla en todo caso resulta del todo desacertada.

Es más, existen más instituciones jurídico-procesales que, asentadas en el principio de oportunidad, constituyen el mecanismo que hace posible que el agresor se decida a reparar los daños materiales y morales que ha causado a la víctima, como la conformidad, en cuanto modalidad de admisión formal de culpabilidad por parte del acusado. Por ello, cómo se explica que en los procesos penales tramitados por hechos constitutivos de delitos (o antiguas faltas) de violencia de género puedan aplicarse las normas procesales penales reguladoras de la conformidad –por cierto, muy utilizada en la actualidad, implicando ello una negociación de la pena entre la fiscalía y la defensa con dudosos efectos preventivo generales y especiales- y, no, por el contrario, las de la mediación penal, con unos efectos mucho más beneficiosos, dada la relación que existe entre ambas instituciones.

Qué duda cabe que la introducción de la justicia restaurativa en términos generales -o la mediación en particular- supondría una ulterior manifestación del principio de oportunidad, fundamentándose en razones de utilidad, pues permitiría a las partes acusadoras disponer de la acción penal. Así, se llevaría a cabo la finalización del proceso penal bajo la fórmula del sobreseimiento por razones de oportunidad reglada, o bien obteniendo una rebaja en la pena a través de las atenuantes que ofrece el Código Penal –o, si se

consigue un acuerdo de mediación en la fase de ejecución de la sentencia, se posibilitaría la suspensión de la pena impuesta-. Además, sería una forma de optimizar los recursos de la Administración de Justicia en el sistema procesal penal, haciendo honor al principio de intervención mínima. Esta posibilidad resulta cada vez más plausible con la última reforma del Código Penal, la cual introduce en la suspensión cierta flexibilidad que hace aproximarse a este principio.

Por otra parte, cabe hacer hincapié en las experiencias comparadas, las cuales, tras arrojar gratos resultados, abogan por una mediación penal en supuestos de delitos graves y de violencia de género.

En esta línea, C. VILLACAMPA ESTIARTE³¹ trae a colación el estudio empírico que monitoriza cualitativamente dos programas de mediación post sentencia con delitos violentos graves en EE.UU³², desarrollados en Ohio y Texas a mediados de los años noventa³³. Precisamente, en ambos programas se reveló un grado de satisfacción de 71 de los 79 participantes (incluso la mayoría de los encuestados declaró que su participación en el programa había tenido un efecto profundo sobre sus vidas y que lo recomendaba). Además, se puso de manifiesto que la introducción de la mediación en casos de delitos graves vino de la mano de un interés por parte de las víctimas³⁴.

³¹ Vid. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *ob.cit.*, p. 5.

³² A parte, a lo largo de su estudio, la autora hace una exposición de los programas llevados a cabo fundamentalmente en Europa, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y EEUU, antes citado. Experiencias restaurativas que han arrojado resultados muy positivos para las partes inmersas en delitos de violencia de género. En este sentido, Véase C. VILLACAMPA ESTIARTE, *ob.cit.*, p. 5.

³³ Se trata de la monitorización cualitativa efectuada sobre el *Texas Victim Offender Mediation / Dialogue Program (VOM/D)* y el *Ohio Victim Offender Dialogue Program*.

³⁴ En este contexto, la autora aprovecha para añadir otro de los resultados de las evaluaciones de programas efectuadas que más puede favorecer la aplicabilidad de mecanismos de justicia restaurativa, cual es la capacidad de la aplicación de este tipo de programas para reducir la reincidencia. Al respecto, C. VILLACAMPA ESTIARTE, *ob.cit.*, p. 5.

Otra de las evaluaciones empíricas de justicia restaurativa aplicada a delitos graves que la autora aporta en su trabajo se refiere al *Collaborative Justice Project (CJP)* desarrollado en Canadá (Ontario), detectándose una diferencia significativa en cuanto a la satisfacción, por cuanto las personas que siguieron un proceso de justicia restaurativa estaban más satisfechas que las que siguieron el sistema de justicia penal tradicional³⁵.

Obligada mención en este punto merece C. PELIKAN, investigadora del *Institute for the Sociology of Law and Criminology* de Viena. Durante los últimos años, su principal implicación ha sido para con la justicia restaurativa, especialmente con proyectos de investigación que acompañan a los proyectos piloto introductorios de este modo de reacción del Derecho penal en Austria. Concretamente, la autora ha estudiado, mediante la realización de un análisis cualitativo e interactivo de investigación³⁶, si la mediación podría aplicarse a casos de violencia doméstica, sobre todo a supuestos de violencia que derivan de una relación íntima³⁷.

Además, en esta evaluación empírica, la autora menciona a las "agencias de intervención" -establecidas para implementar la "Ley de Protección contra la Violencia"-, pues Austria es uno de los países que

³⁵ En el mismo sentido, M^a. J. GUARDIOLA LAGO, *op.cit.*, p. 9.

³⁶ En este sentido, C. PELIKAN. "Victim-Offender-Mediation in domestic violence cases – A comparison of the effects of Criminal Law intervention: the penal process and mediation. Doing qualitative research". *Forum Qualitative Social Research*, Vol. 3, nº 1, Art. 16, January 2002, pp. 1-20. En este paper, la autora presenta un proyecto de investigación centrado en las intervenciones previstas por el Derecho penal: empezando por la intervención policial, la discrecionalidad "negativa" ejercida por los fiscales y, finalmente, las actuaciones de los jueces y mediadores en Austria: los trabajadores de los servicios de VOM. La investigación consistió, por un lado, en observar los procesos penales y de mediación, así como, por otro lado, en realizar 76 entrevistas a las partes involucradas, complementándose con entrevistas a expertos profesionales (jueces y mediadores). Ello le permitió construir "la tipología de los casos en el proceso restaurativo", proceso apto para abordar estructuras de poder relacional más profundas.

³⁷ Para una detallada visión sobre los modelos de mediación en casos de violencia de género desarrollados en Austria y Alemania, especialmente, en lo que a técnicas de empoderamiento se refiere, vid. F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *ob. cit.*, p. 9.

han postulado la jurisdicción civil como la primera de las respuestas para supuestos de violencia de género no tan graves³⁸.

Ahora bien, y al margen de lo expuesto, tampoco debe olvidarse que en los supuestos de delitos graves, la justicia restaurativa posee especificidades propias que conviene cumplir de forma exquisita puesto que, a pesar de dar la oportunidad a las víctimas de delitos violentos de acceder a esta técnica restaurativa, es preciso un transcurso de un periodo más o menos amplio de tiempo para que autor y víctima puedan llevar a cabo este proceso, además de exigirse una mayor preparación, a través de diversas reuniones previas por separado con el mediador para organizar el encuentro. Esto evidencia el papel que juega el paso del tiempo: quizás muchas víctimas no hubieran considerado una mediación en el periodo inmediatamente posterior al delito, pero sí ulteriormente; o incluso puede practicarse una mediación indirecta (*shuttle mediation*) -habida cuenta de que el reencuentro entre víctima y victimario no siempre es necesario para responder a las necesidades de éstos- o hasta una co-mediación³⁹. Igualmente, la gravedad de los delitos tratados a través de procedimientos restaurativos puede conducir a la extensión de los mismos en las fases posteriores a la sentencia, esto es, en el marco de la ejecución de la pena, como actualmente se lleva a cabo en Bélgica, Reino Unido, Canadá o EEUU, entre otros; de tal suerte que esta modalidad de justicia restaurativa podría poseer especial virtualidad en el caso que nos ocupa.

³⁸ Esta experiencia ha sido sucintamente expuesta por R. CASTILLEJO MANZANARES; C. TORRADO TARRÍO; C. ALONSO SALGADO, *ob.cit.*, p. 12.

³⁹ En supuestos de conflictos intensos y complejos, como suele ocurrir cuando de delitos graves se trata, donde los contactos entre las partes pueden ser muy emocionales y potencialmente explosivos, la co-mediación puede ser particularmente ventajosa. La co-mediación es beneficiosa al proveer de la experiencia, el conocimiento y la metodología de dos mediadores, quienes estarán presentes en la misma instancia donde se desarrolla la sesión de mediación, lo cual incrementa las posibilidades de alcanzar acuerdos satisfactorios al crear una atmósfera más tranquila y constructiva. En este sentido, vid. M^a. J. GUARDIOLA LAGO, *op.cit.*, p. 9; y F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *ob. cit.*, p. 9.

Pues bien, de estas experiencias comparadas se ha hecho eco la doctrina española, tanto la científica como la judicial, empezando a desarrollar positivamente experiencias *extra legem* en este ámbito, aunque de forma modesta y tímida debido a la vigente prohibición legal. En este sentido, es importante resaltar los proyectos piloto “alegales” sobre mediación penal que se han puesto en marcha en España, aspecto que evidencia claramente el interés creciente por esta cuestión y el reflejo del tratamiento de la mediación en casos de violencia doméstica y de género en otros países como Austria, Alemania o Italia. Es el caso de Comunidades Autónomas como Madrid o Cataluña, existiendo al respecto muchas otras Comunidades, como la del País Vasco.

Por ejemplo, el proyecto de mediación en la Comunidad de Madrid tuvo lugar en un único Juzgado de lo Penal durante 17 meses (de octubre de 2005 a marzo de 2007), donde se ejecutaron 12 procesos de mediación⁴⁰.

En Catalunya, sin embargo, existen varios proyectos, entre ellos, el del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº1 del Hospitalet, en funcionamiento desde finales del año 2009. En este sentido, también cabe mencionar los dos informes emitidos por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya. Uno realizado en el año 2003⁴¹ donde se exterioriza que los servicios de mediación han trabajado con delitos de maltrato, y el otro, concretamente, la Evaluación del Programa de Mediación Penal de Adultos, realizado el año 2013 bajo la

⁴⁰ Sobre esta experiencia, véase E. PASCUAL, *et al.* “Una experiencia de mediación en el proceso penal”. *Boletín Criminológico del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología*, nº 102, Enero – Febrero 2008, pp. 1-4.

⁴¹ Vid. A. VALL RIUS; N. VILLANUEVA REY. *El programa de mediación en la jurisdicción penal ordinaria: un estudio sobre tres años y medio de experiencia*. Informe. Inédito, Formación e Investigación Social y Criminológica, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Catalunya, 2003.

coordinación de J. M^a. TAMARIT SUMALLA⁴². En este último se reveló la capacidad de empoderamiento de la víctima que puede ejercer el proceso de mediación, especialmente importante en los delitos contra las relaciones familiares donde la violencia de género puede tener lugar. Además, se especificó el poder de esta herramienta para reducir el estrés emocional, sin detectarse, pues, la existencia de victimización secundaria entre las víctimas.

Es más, en el año 2010 se publicó el Libro Blanco de la Mediación en Catalunya⁴³, abordando el Capítulo 10º del Bloque IV la justicia reparadora centrada en la mediación penal para adultos y juvenil. Este documento puso de manifiesto que los servicios de mediación ciudadana no pueden intervenir en conflictos de violencia de género por cuestiones legales, al haber una limitación explícita de carácter normativo. Sin embargo, sigue exponiendo que, en situaciones propias del ámbito de la jurisdicción especial de violencia doméstica donde el Juez archive el expediente de violencia de género pero que entienda que el conflicto de fondo entre las personas persiste, una mediación podría ser la mejor vía para trabajar el conflicto familiar latente. Pero más allá de ello, el Libro reflexiona sobre la posibilidad de mediar en estos supuestos⁴⁴, por la aportación de beneficios a las personas individualmente consideradas⁴⁵.

⁴² Vid. J. M^a. TAMARIT SUMALLA. *Evaluación del programa de mediación penal de adultos*. Informe. Inédito. Ámbito social y criminológico del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Catalunya, 2013.

⁴³ Al respecto, Vid. P. CASANOVAS; J. MAGRE; M^a. E. LAUROBA (dir.). *Libro Blanco de la Mediación en Catalunya*, 1ª Ed. Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya y Huygens Editorial, Barcelona, 2010.

⁴⁴ En P. CASANOVAS; J. MAGRE; M^a. E. LAUROBA (dir.), *ob.cit.*, p. 20, se manifiesta que «Los equipos de trabajo del Libro Blanco de la mediación se muestran favorables a la mediación en estos supuestos, en función del tipo y grado de la violencia y con las necesarias cautelas. El grupo de mediación familiar concreta, además, que sí que es posible siempre y cuando la violencia no haga inviable la mediación para generar miedo y debilidad en una de las partes y, con eso, afectar la toma de decisión. También se pronuncian en sentido positivo en los supuestos en que, excepcionalmente, la violencia es puntual, de baja intensidad, ocasionada por la ruptura».

⁴⁵ Al respecto, vid. M^a P. MUNUERA GÓMEZ; M^a E. BLANCO LARRIEUX, *ob. cit.*, p. 15.

Asimismo, se siguen llevando a cabo en Cataluña algunas experiencias interesantes a pesar de las serias limitaciones que introduce el artículo 87 Ter de la LOPJ⁴⁶, por ejemplo, en conflictos aledaños a la violencia de género como pudieran ser en delitos de impago de pensiones o en quebrantamientos de condena⁴⁷.

Estas experiencias relatadas cuentan con la aprobación del juez –también del fiscal–, en virtud del cual se derivan algunos casos al equipo de mediación por entender que, dadas las circunstancias y características de los mismos, dichos casos podrán gestionarse a través de esta técnica restaurativa. En algunos juzgados, es el equipo técnico el encargado de mediar (como sucede en algunos Juzgados de lo Penal de Burgos) y, en otros, los servicios de mediación se han externalizado y se cuenta con un equipo *ad hoc* (como sucede en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Valladolid).

Por consiguiente, desde la rotundidad de los términos legales, y en apoyo a la argumentación esgrimida con anterioridad, se empieza a plantear desde diferentes sectores judiciales, doctrinales y políticos la opción de acoger, bajo determinadas condiciones, la posibilidad de mediar en este campo penal⁴⁸.

Sin embargo, antes de pasar a examinar con detalle la prohibición legal objeto de estudio, es conveniente abordar dos cuestiones previas aledañas a la violencia de género y que influyen, y mucho, en estas complicadas y complejas situaciones: la “posición de igualdad” entre las partes y la necesidad de denunciar para acceder al sistema de ayudas.

⁴⁶ Sobre este particular, vid. F. VÁZQUEZ – PORTOMEÑE SEIJAS, “Algunos argumentos victimológicos y de prevención especial para la derogación del apartado quinto del artículo 87 ter de la LOPJ: ¿Por qué abrir la mediación penal a los casos de violencia en la pareja?” *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 15, 2016, pp. 233-264.

⁴⁷ Con carácter general, Véase A. GUIMERÁ GALIANA. “La mediación-reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Cataluña”. *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 2/2005, 2005, pp. 1-22.

⁴⁸ Vid. V. DOMINGO DE LA FUENTE. “Justicia restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto...”, *Diario La Ley*, nº 7701, 2011.

2.2.1 Especial mención a la "posición de igualdad" entre las partes.

La igualdad entre las partes implicadas en un proceso restaurativo es una de las cuestiones más sensibles y controvertidas del mismo, de forma que constituye una de las críticas más feroces a su aplicación por parte de un sector de la doctrina, particularmente en los delitos graves y en la violencia de género. Se arguye que la justicia restaurativa desatendería la protección de la víctima, puesto que un reencuentro con el delincuente podría revictimizarla, al tiempo que se podría repetir la desigualdad de poder existente entre ambos (desequilibrio de fuerza). Si eso fuera así, la mediación penal no haría sino aumentar los efectos negativos derivados del delito, al confrontarse con el autor desde una posición de debilidad⁴⁹.

Y por lo que respecta a la LO 1/2004, anteriormente se ha expuesto que ésta, como si de una presunción *iuris et de iure* se tratase, eleva a categoría de dogma, en primer lugar, la afirmación de que la parte más débil en la relación en todo caso y en todo momento es la mujer, quien está siempre anulada psicológicamente por las circunstancias; y, en segundo lugar, el desequilibrio entre las partes. En este sentido, si bien es recomendable tener en cuenta el factor género como susceptible de producir desigualdad, por lo que deben extremarse las precauciones, lo cierto es que no debe considerarse este factor como causante *per se* de desigualdad tal y como lo contempla el legislador español. Por este motivo, es necesario que el mediador procure siempre el fortalecimiento de la víctima y el equilibrio de su posición, esforzándose para que las partes entren en el procedimiento restaurativo en posición de igualdad, no solo formal o jurídica, sino también material y de fondo,

⁴⁹Al respecto, vid. P. ESQUINAS VALVERDE, *ob.cit.*, p. 6. Y en líneas generales, véase a P. ESQUINAS VALVERDE, "La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?" *Revista Penal*, nº 18, 2006, pp. 55-101.

ya que, de lo contrario, éste nacerá viciado y el resultado no será el pretendido.

Pero debe tenerse presente que en los procesos por delitos violentos, como la violencia de género, conviene reforzar aún más este principio de igualdad, dado que el equilibrio en las posiciones de las partes ya está casi por definición dañado o al menos puesto en cuestión por la propia dinámica psicológica del maltrato, advirtiendo sin embargo que no se debe ser ingenuo a la hora de apelar a esta igualdad entre víctima y victimario.

En este sentido, M^a. J. GUARDIOLA LAGO⁵⁰ realiza una triple gradación: si las aptitudes faltan totalmente no será posible contemplar la mediación u otro procedimiento restaurativo, cosa que debe verificar el mediador tanto al inicio del proceso (principalmente a través de las entrevistas previas) como en el transcurso del mismo y en la adopción de los acuerdos. Sin embargo, si tales aptitudes faltan totalmente solo en alguna de las partes, podrán plantearse otros procedimientos restaurativos que no impliquen necesariamente una comunicación directa, o bien con víctimas o con autores sustitutos. Por último, la autora manifiesta que si la igualdad es relativa, al observarse que alguna de las partes es más débil respecto a la otra, el mediador deberá analizar si puede potenciarla, con procedimientos de *empowerment*, para alcanzar la necesaria igualdad.

De todo lo expuesto se concluye que si en la mediación se garantiza la igualdad de las partes, supervisada ésta por profesionales con formación específica en este campo tan sensible, además de proteger la estabilidad psicológica de la víctima y asegurar la actitud comprensiva y dialogante del ofensor, se puede conseguir una mediación correctamente dirigida, siempre y cuando no exista una grave situación de desventaja invalidante de cualquier tipo de

⁵⁰ Vid. M^a. J. GUARDIOLA LAGO, *op.cit.*, p. 9.

diálogo. En todo caso, el mediador se encuentra en condiciones de empoderar a la víctima, cuando proceda, y de minimizar -incluso eliminar- esa asimetría y disparidad de poder, con la finalidad de restablecer el equilibrio a favor de las partes desventajadas, creando al mismo tiempo un contexto seguro y una atmósfera respetuosa donde se respete la dignidad de los intervinientes.

2.2.2 Necesidad de denunciar para acceder al sistema de ayudas.

La regulación actual privilegia la intervención del sistema penal hasta el punto que la LO 1/2004 requiere como condición *sine qua non* para acceder a los recursos previstos para las mujeres maltratadas la interposición de denuncia penal. Ocurre, entonces, que la mujer que necesita ayuda no tiene más remedio que denunciar, pero en muchos casos, la misma se retracta posteriormente porque en realidad no quiere la condena.

En este contexto, no debe perderse de vista que, en no pocas ocasiones, la pareja es a la vez el padre de sus hijos, además de que la mujer puede depender económicamente de él y que, en definitiva, es difícil para cualquier ser humano aceptar que la persona con la que ha compartido su vida, o a la que en su día quiso es, en realidad, un agresor.

Por lo tanto, se observa que, ante un episodio de violencia de género, las víctimas se ven abocadas a un callejón sin salida por cuanto deben denunciar si desean obtener las prestaciones sociales que contribuyan a abandonar al agresor y a superar el delito. Pero, claro está, si lo hacen, el control del mismo pasa irremediabilmente a manos del Estado, decidiendo entonces éste por ellas. Así, como indica un sector de la doctrina, el control que antes ejercía el agresor sobre su vida se sustituye por el control que ejerce el Estado⁵¹. Ello

⁵¹ Vid. E. LARRAURI PIJOAN, *Justicia restauradora y violencia doméstica*, Vol. 8, Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, 2007, pp. 119-136.

no significa que la denuncia no provoque en ocasiones una afirmación de poder de la mujer víctima frente a su agresor, pero tampoco puede obviarse que éste parece ser el único camino que poseen las víctimas y que en ocasiones éstas no prevén o no se encuentran preparadas para aceptar el conjunto de consecuencias que la denuncia de los hechos ocasiona, por lo que la mediación penal y su empoderamiento puede ser una solución a ello.

Por este motivo, es imprescindible, en primer lugar, dejar de condicionar las prestaciones asistenciales a la interposición de una denuncia o a poner en conocimiento de los hechos delictivos a las autoridades, por lo que la asistencia a la víctima no debería precisar necesariamente una lógica punitiva. Así, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas deberían desvincularse más del acompañamiento judicial, ofreciendo asistencia generalizada a cualquier persona que haya sufrido un hecho delictivo, haya denunciado o no el hecho, en la línea del *Victim Support* que rige en los países anglosajones⁵². Y, en segundo lugar, es indispensable introducir la justicia restaurativa para que aporte otro enfoque a la controversia.

2.3. Análisis de la prohibición.

Tras examinar pormenorizadamente la prohibición contenida en la legislación española de practicar la mediación penal en los supuestos de violencia de género, nos damos cuenta de que dicha prohibición se refiere exclusivamente a la aplicación de la mediación, no a otros procesos de justicia restaurativa como los *family group conferencing* u otros procedimientos en los que se implica, además de al autor y a la víctima del delito, a otros familiares o miembros de la comunidad. Ello podría deberse al mayor desarrollo que ha adquirido la mediación penal en la Europa continental, como instrumento más común de justicia restaurativa. Pero sea como sea, tal restricción

⁵² En este contexto, C. VILLACAMPA ESTIARTE. "Los modelos de asistencia a las víctimas del delito: situación en España y perspectiva comparada". *Revista General de Derecho Penal*, nº 13, 2010, pp. 1-47.

plantea la posibilidad de admitir otros procesos restaurativos diferentes a la mediación en los casos de violencia de género en España, aun cuando se es consciente de que éste no ha sido el propósito del legislador español.

Además, deben subrayarse más incongruencias tras profundizar en el estudio de la susodicha prohibición. Ma. J. GUARDIOLA LAGO⁵³ expone que no se prohíbe en todo caso la mediación penal en los delitos que sancionan la violencia de género, realizando al mismo tiempo una doble matización sobre dicha interdicción, en el sentido de encontrarse ésta limitada en un doble sentido: en función del sujeto pasivo y en función de la fase del procedimiento penal en la que se pretenda realizar la mediación.

En cuanto al sujeto pasivo, la mujer, se observa, por un lado, la posibilidad de mediar en casos de violencia doméstica distintos de la violencia de género⁵⁴, como sucede cuando el sujeto pasivo de la violencia familiar es un miembro vulnerable (pensemos en las ancianas o personas dependientes que convivan con el autor). Por otro lado, la citada prohibición queda circunscrita al concepto de violencia de género que el legislador español ha regulado de forma restrictiva en el primer precepto de la LO 1/2004, centrado en determinados delitos y exclusivamente en los casos en los que exista o haya existido una relación sentimental entre autor y víctima, aún sin convivencia, o cuando se trate de descendientes (propios o de la esposa conviviente) o sobre menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Así, en este sentido, la violencia de género que supone, según el citado artículo, una «manifestación de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» excluye, a título de ejemplo, la violencia

⁵³ Vid. Ma. J. GUARDIOLA LAGO, *op.cit.*, p. 9.

⁵⁴ Puesto que, ni todos los supuestos de violencia doméstica o intrafamiliar tienen el componente de discriminación o menosprecio al género, ni todos los supuestos de violencia de género deben producirse en el seno de la familia o en el desarrollo de estrechas relaciones personales.

que se produce en el ámbito laboral o incluso alguna en el seno familiar (de los padres respecto sus hijas, o de los hijos respecto sus madres). Lo anterior pone en clara evidencia la incongruencia de la Ley Orgánica, por cuanto en la Exposición de Motivos se alude a la violencia de género manifestada en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: «maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral».

Ello comporta que se cuestione la voluntad del legislador depositada en esta Ley, pues no se llega a comprender por qué se considera contraproducente realizar mediaciones penales con parejas o ex parejas y no respecto a las madres víctimas de violencia de género o, rebasándose el ámbito familiar, manifestaciones de violencia de género sobre mujeres en su lugar de trabajo o sobre docentes respecto a sus alumnas. Una vez más se demuestran las prisas del legislador por promulgar a tenor de políticas criminales sensacionalistas, populistas y demagógicas; y, por ende, erróneas.

Y en cuanto a la fase del procedimiento penal, puede afirmarse que esta herramienta restaurativa puede ser utilizada una vez concluida la fase de instrucción, sencillamente por la ubicación del precepto donde se prohíbe la misma, precisamente, el ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, aludiendo el precepto a la instrucción de determinados delitos⁵⁵.

Así, por ejemplo, puede iniciarse un proceso de mediación una vez recaída sentencia condenatoria al agresor, habida cuenta de que, tal y como se ha avanzado en líneas anteriores, en delitos particularmente graves y violentos el paso del tiempo puede resultar clave para la recuperación de la víctima y puede ocasionar el surgimiento de nuevas necesidades poco susceptibles de ser

⁵⁵ Concretamente, a los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, además de la instrucción de los delitos contra los derechos y deberes familiares.

resueltas satisfactoriamente por el sistema de justicia penal. Precisamente, si ha existido una situación prolongada de maltrato tanto psicológico como físico, la víctima puede necesitar en un primer momento una separación del agresor y posteriormente precisar, para dejar de ser víctima y recuperarse totalmente a través del empoderamiento, un contacto, directo o indirecto, con el mismo. Igualmente, la mediación penal puede resultar indicada al tiempo de la extinción de la pena para preparar escenarios futuros, especialmente si existen hijos en común.

Con todo, sin embargo, debe advertirse sobre las posibles dificultades legales para poder admitir una comunicación entre autor y víctima del delito, pues en no pocos supuestos resulta preceptivo acordar una medida de prohibición de aproximación a la víctima a través del artículo 57.2 del Código Penal como pena accesorias, de forma que podría plantearse la realización de una mediación indirecta entre agresor y víctima para sortear esta limitación. También, la obligatoriedad de la imposición en estos delitos de dicha pena accesorias podría salvarse modificándose el mencionado precepto legal en el sentido de eliminar el carácter obligatorio de la imposición de tal pena accesorias y dejarlo al arbitrio judicial en los casos en los que hubiera existido mediación entre la víctima y la persona condenada.

2.4. ¿Determinación de un concreto catálogo de delitos susceptibles de mediación penal?

Llegados hasta este punto, nos preguntamos si resultaría fructífero elaborar un concreto catálogo de delitos aptos para esta herramienta restaurativa. En este sentido, alcanzamos la convicción de responder negativamente a ello sobre la base de que, en principio, no debería excluirse ninguna infracción para aplicar la mediación. Esta técnica restaurativa no debería rechazarse sin matizaciones, pues su derivación no debe responder a criterios objetivos que atiendan exclusivamente a los tipos penales, sino que debe estarse a

las singularidades de cada parte y a la vulneración o no de sus derechos eminentemente personales (criterio subjetivo).

Como no es tarea fácil definir criterios generales, deben tenerse en cuenta las posibilidades que se tiene en cada caso individualizado a la vista de todas las circunstancias, ponderándose muchos elementos. Entre ellos, observar el grado, el tipo y la reiteración/periodicidad de la violencia, los daños producidos, las secuelas y la capacidad de recuperación de las mismas, la gravedad del episodio de violencia, la existencia o no de otros perjudicados (como pudieran ser los hijos o ascendientes), el restablecimiento del equilibrio y la igualdad, así como el deseo de la víctima por someterse al proceso. Por lo tanto, cualquier exclusión sin posibilidad de ser estudiada supone un error por parte del legislador español.

Es una opinión muy generalizada⁵⁶ que la existencia de un listado cerrado puede resultar contraproducente porque puede obstaculizar, y hasta impedir, el acceso a mediación de tipos no incluidos en él, al crear estereotipos que operan a modo de freno automático en los operadores jurídicos para impedir una actitud más abierta y amplia ante la mediación penal⁵⁷. Ahora bien, cuestión distinta sería la posible configuración de protocolos de actuación, dado que podrían revisarse con cierta periodicidad, tras la evaluación de los resultados alcanzados.

Por este motivo, y a modo de ejemplo, existirán supuestos muy evidentes en los cuales la mediación supondría un instrumento de protección a la víctima adecuado y útil, pudiendo desembocar en la imposición de tratamientos y normas de conducta al maltratador. Piénsese en los casos en los que las lesiones de la víctima sean de

⁵⁶ Entre otros, S. BARONA VILAR, "Mediación penal: un instrumento para la tutela penal". *Revista del Poder Judicial*, nº 94/2012, 2012, pp. 23-32.

⁵⁷ Tal y como apunta S. BARONA VILAR, *op.cit.*, p. 29, la determinación legal de una enumeración cerrada llevaría a una inadaptación de la mediación a la realidad del momento, que puede ser cambiante y en la que pueden confluir toda una serie de factores que pueden alterar una fría enumeración de hechos delictivos que lleven aparejada una determinada pena, o de sujetos determinados, etc.

poca importancia, cuando se trate de episodios de agresión esporádicos y aislados sin consecuencias graves para la salud física o psíquica de la víctima -en su caso, episodio primero o único, es decir, puntual/ocasional-, o bien cuando haya habido violencia en el pasado y el agresor admita su responsabilidad por la conducta violenta anterior y la pareja no quiera terminar con la relación⁵⁸. Se trataría de ataques físicos y psicológicos por parte del agresor que no se integran en una larga espiral de violencia. Pero incluso en supuestos graves, puede plantearse la práctica de esta herramienta reparadora, atendida la anterior argumentación.

Ahora bien, también se vislumbran supuestos en los que es incuestionable la improcedencia de esta herramienta, por ejemplo, cuando exista una clara situación de desigualdad entre las partes⁵⁹. A. BELTRÁN MONTOLIU⁶⁰ expone que debería rechazarse la aplicación de la mediación en aquellos supuestos que impliquen una prolongada historia de agresiones, maltrato y dominación por parte del hombre sobre su (ex) pareja femenina. Es decir, no cabrá la mediación en supuestos en los que, por razón de los graves hechos de violencia física, o reiterados actos de violencia física, la situación de la mujer sea de indefensión. Bajo estas circunstancias, un proceso de acercamiento y de diálogo entre las partes resultaría excesivamente peligroso para la víctima, en la medida en que ésta se encontraría todavía atrapada en una dependencia psicológica, emocional y puede que también social y económica respecto a su agresor.

Con todo, se llega a la conclusión de que los procesos restaurativos no pueden descartarse en función de la gravedad del

⁵⁸ En este contexto, M. HÉRCULES DE SOLÁS CARDEÑA, *op.cit.*, p. 12, expone dos supuestos de maltrato en el ámbito familiar en los que sería posible efectuar mediación penal, sacados de su experiencia profesional, a los cuales nos remitimos. Igualmente, véase F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *ob. cit.*, p. 9.

⁵⁹ Así lo ha exteriorizado la Asociación Europea de Jueces para la Mediación (GEMME) a través de sus conclusiones alcanzadas el año 2007.

⁶⁰ Vid. A. BELTRÁN MONTOLIU, *op.cit.*, p. 12.

delito⁶¹ (por ejemplo, excluyendo los delitos graves) o en función de la clase de delito (por ejemplo, como hace el ordenamiento jurídico español, excluyendo la mediación en los delitos de violencia de género), sino que la conveniencia de realizar o no una mediación debe analizarse de manera particular e individualizada, atendiendo a criterios subjetivos.

Esta es la solución a la que se ha llegado en algunas legislaciones de nuestro entorno, en la mayoría de las cuales no se ha asumido la determinación cerrada de supuestos en los que se posibilita la mediación penal, señalando esta herramienta restaurativa como un instrumento apropiado para alcanzar acuerdos de una forma menos traumática para víctima y victimario. Como países que mantienen un sistema abierto podemos nombrar EEUU, Alemania, Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda o Canadá, entre otros. Ahora bien, existe una lista de posibles hechos que con más frecuencia van a poder llevarse a mediación, pero siempre, y en todo caso, desde su consideración como criterios abiertos, por lo que siempre existirán determinados criterios que actuarán como guía a los efectos de valorar la oportunidad y eficiencia de la mediación en cada caso.

3. CONCLUSIONES.

A través del presente estudio se han analizado las posibilidades de aplicación de la mediación penal como técnica de resolución de conflictos en el ámbito jurídico procesal penal de la violencia de género. Como se ha podido observar, esta posibilidad plantea un apasionante reto que debe afrontarse con decisión pero con la necesaria cautela que el tema requiere por su innegable relevancia jurídica y social, del cual se ha hecho eco nuestro legislador a través de la LO 1/2004, Ley vastamente examinada en cuanto a la

⁶¹ Puesto que, al establecer los límites objetivos de la gravedad, se está tratando de manera desigual a los sujetos que podrían beneficiarse de esta modalidad mediadora, especialmente las víctimas. Y hasta es posible que desde el punto de vista social, la función reparadora pueda favorecer indiscutiblemente la paz social y a la sociedad misma en su conjunto.

proscripción mencionada en su artículo 44, recordando al mismo tiempo que el espíritu del legislador en este caso ha estado claramente influenciado por el fenómeno de la alarma social.

Pues bien, tras estudiar el origen del escepticismo hacia esta institución restaurativa y los motivos que impulsaron al legislador español a adoptar una política criminal de igualdad que se tradujo en reformas legales como la LO 1/2004, se llega a la conclusión de que esta Ley, tras más de una década desde su aprobación, ha quedado superada en algunos aspectos. Las medidas penales que contempla o su fundamento contenido en el primer artículo son ejemplos de ello.

En este sentido, se ha señalado en primer lugar que la interdicción contemplada en la LOPJ y añadida por la LO 1/2004 no ha conseguido una unanimidad doctrinal y práctica acerca de su acierto, llegando a la conclusión de que la misma es prematura. Es cierto que la violencia de género engloba supuestos un tanto complejos, ya sea por su naturaleza, por la gravedad, o ya sea por la condición de alguna de las partes; pero no por ello la mediación penal debe ser negada *a priori* de forma tan tajante. Por este motivo, algunos profesionales del sistema de justicia penal se muestran partidarios de admitir esta herramienta en algunos casos que hoy quedan sistemáticamente excluidos por razón legal, tras el análisis de la citada prohibición y siempre escudados en experiencias comparadas, como las de Francia, país en el que la mediación, lejos de estar prohibida legalmente, se lleva a cabo en muchos casos de violencia de género.

Además, tal y como se ha detallado en el cuerpo de este estudio, ciertas irregularidades e incongruencias han sido vislumbradas en la prohibición.

Asimismo, observamos que cada víctima se enfrenta al delito de forma diferente en función de sus circunstancias, de tal suerte que no todas las víctimas de violencia de género son vulnerables e incapaces de defender sus intereses ante el agresor -concepción que subyace

en la mente del legislador-; pero tampoco todas las víctimas están preparadas para hacerlo. Por ello, resulta inadecuado partir de un prototipo de víctima, debiendo la legislación reconocer esta diversidad y, en consecuencia, arbitrar mecanismos para cada una de estas situaciones, entre ellos, la justicia restaurativa.

En base a ello, se propone, por un lado, un fundamento de violencia de género más acorde a la realidad, conforme al que proporciona la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer⁶², pues, a nuestro modo de entender, la víctima de violencia de género no debe ser concebida *ex lege* y de forma exclusiva como una persona desvalida y endeble, posicionada de forma desigual en su tratamiento procesal.

Y, por otro lado, la opinión generalizada –a la que nos sumamos– es que quizás debería replantearse la prohibición legal dada la particular naturaleza de los casos de violencia de género, ya que con frecuencia infractor y víctima siguen conviviendo. Así, se ha sugerido la distinción entre violencia puntual y violencia habitual⁶³, y hacer posible la mediación, por ejemplo, en episodios de violencia esporádica, incluso reiterada, subrayando la necesidad de asegurar todas las garantías para ambas partes, y siempre que sirva para mejorar la situación y prevenir futuras situaciones conflictivas, o también para cambiar la situación por una de separación razonable y civilizada.

Por este motivo, aun cuando con la regulación existente hay un campo donde se puede aplicar la mediación penal en casos de violencia de género, ya tratado en líneas precedentes, se propone levantar las barreras existentes en la legislación sobre la mediación

⁶² Vid. La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer en la 85ª Sesión Plenaria de la Asamblea celebrada el día 20 de diciembre de 1993.

⁶³ Distinción que exterioriza el Código Penal en su articulado. Por un lado, las acciones tipificadas en el artículo 153 referentes a la violencia leve y, por otro lado, las del artículo 173.2 que responden a la violencia habitual.

en estos supuestos, establecidas en la LO 1/2004 y en la LOPJ, para posteriormente modificar el artículo 15.1.e) de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito⁶⁴ -y su desarrollo reglamentario posterior- en el sentido de corregirlo para atender a las nuevas precisiones.

Sin dejar de tener presente, obviamente, la imperiosa e ineludible necesidad de otorgar carta de naturaleza legal a esta institución restaurativa, introduciéndola en la norma procesal penal ordinaria como un complemento al sistema de justicia penal, aplicado también a la violencia de género mediante la instauración de programas restaurativos que atiendan a la singularidad de estos supuestos. Ahora bien, consideramos que, en el momento de implantar esta herramienta, el legislador debería ser más minucioso que en el Proyecto de Código Procesal Penal elaborado el año 2013 -y que finalmente no vio la luz-.

Clarificado lo anterior, entendemos que el marco de operatividad de la mediación delineado por la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito -y su desarrollo reglamentario posterior- podría resultar adecuado para que, conforme a sus disposiciones, se articularan mediaciones en este ámbito, pero siempre modulándolo como punto de partida y enmendando ciertos aspectos inadecuados⁶⁵.

Por ejemplo, no debemos olvidar que las Oficinas de Atención a la Víctima están demasiado saturadas actualmente como para desarrollar adecuadamente las funciones que el Estatuto y su Real

⁶⁴Este precepto indica, entre otros aspectos, que la justicia restaurativa no debe estar prohibida por la Ley para el delito cometido.

⁶⁵ En este aspecto, I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI; I. PORRES GARCÍA; M. SÁNCHEZ RECIO. "El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del delito". *Revista de Victimología*, nº 2, 2015, pp. 1-26. <http://dx.doi.org/10.12827/RVJV.2.06>.

Decreto les atribuye en materia restaurativa⁶⁶. Así, quizás sería conveniente que dichas Oficinas realizaran tareas básicas de información y de apoyo, creándose paralelamente un servicio de mediación con autonomía funcional que tuviese, entre otros, un equipo especializado en violencia de género.

Por todo ello, resulta indispensable la regulación pormenorizada de esta institución de forma autónoma a través de una norma procesal de carácter especial, como actualmente rige en el orden jurisdiccional civil⁶⁷.

En segundo lugar, se ha revelado el desconocimiento del legislador español acerca de los avances producidos en la justicia restaurativa a partir de los años 90, pues con el paso del tiempo ha quedado superada la visión de esta institución como instrumento aplicable solamente a los delitos de escasa gravedad, gracias a los resultados empíricos positivos que en el ámbito comparado se han alcanzado en casos de delitos graves (englobándose aquí los supuestos violentos como la violencia de género, supuestos experimentados sobretudo en EEUU y Canadá). Así, la práctica comparada ha revelado que la justicia restaurativa es un instrumento apropiado para reducir de forma efectiva la violencia de género, al permitir ésta devolver a las víctimas el sentimiento de seguridad que habían perdido y también el control sobre sus vidas. Finalmente, y a raíz de ello, la doctrina científica y judicial española se ha hecho eco de estas experiencias comparadas –eso sí, de forma tímida debido a la vigente proscripción legal–, lo cual nos ha permitido estudiarlo con detalle.

No obstante, a partir de este estudio hemos podido detectar la multiplicidad de fórmulas y la escasa sistematicidad con que han sido implementados los programas de mediación en el ámbito nacional, lo

⁶⁶ Concretamente especificadas en el artículo 29 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito; e igualmente en los artículos 19.19, 27.k, 28.f, 37 y 39 del Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre.

⁶⁷ Nos referimos a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

cual provoca importantes diferencias de funcionamiento entre unos y otros programas. Por este motivo, sería deseable su reglamentación y homologación entre las distintas Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de Justicia, e igualmente su protocolización entre los organismos judiciales.

En tercer lugar, se ha tratado de dar respuesta, entre otros extremos, al interrogante planteado acerca de la elaboración o no de un concreto catálogo de infracciones susceptibles de ser mediadas penalmente. En este aspecto, hemos manifestado que no debe restringirse la práctica de la mediación a determinados tipos de delito, pues la misma dificultad o viabilidad de esta técnica no depende tanto del tipo de infracción penal o de su gravedad, como de las circunstancias concretas del caso y de la conflictividad personal y relacional existente entre sus protagonistas. Sin embargo, lo que sí consideramos apropiado en estos casos es contemplar ciertas especificidades metodológicas, como el establecimiento de una co-mediación o una mediación indirecta, entre otras cautelas.

No debe olvidarse que la Ley prohíbe la mediación penal en casos de muy distinta gravedad (desde una tentativa de homicidio hasta un simple bofetón) sin tener en cuenta que las repercusiones del delito y el estrés postraumático que puede provocar en uno y otro caso es diferente, así como también que pueden detectarse diferentes necesidades a lo largo del procedimiento penal y de ejecución de la pena, con lo que una mediación que puede no estar indicada en un primer momento sí puede serlo con posterioridad.

A través de esta argumentación, pues, se ha llegado a la conclusión de que no parece acertado elaborar un catálogo de delitos susceptibles de ser derivados al procedimiento restaurativo, de forma que más que un planteamiento de *numerus clausus* debería regir uno de *numerus apertus* en cuanto al ámbito objetivo de la mediación,

ampliándose consecuentemente el ámbito subjetivo de acuerdo con la crítica realizada en líneas anteriores.

Pero al margen de todo lo expuesto, y ante un posible modelo de mediación aplicado a la violencia de género como aquí defendemos, debemos ser prudentes entorno a ciertas cuestiones, alguna de las cuales exterioriza C. VILLACAMPA ESTIARTE⁶⁸. Al respecto, insistimos debe fortalecerse la posición de la víctima mujer respecto del victimario para equilibrar la igualdad o simetría entre las partes (el denominado *empowerment* anteriormente comentado), sin olvidar, por supuesto, el aseguramiento de las garantías procesales del victimario. Y para ello es preciso valorar el grado de afectación psicológica de la víctima frente a su agresor, tarea que incumbe a las oficinas de atención a las víctimas o a los propios mediadores para que, una vez se encuentren preparadas y seguras, pueda comenzarse con el proceso de mediación. Se trata de garantizar que la mujer víctima acepte someterse a este sistema restaurativo una vez haya recibido la necesaria asistencia para situarse ante su agresor en condiciones de igualdad.

Por este motivo, resulta indispensable que los mediadores se sometan a un reciclaje continuo y a una especialización en este ámbito. Como en los supuestos de violencia de género el mediador debe procurar el empoderamiento de la víctima para así protegerla debidamente, se propone el desarrollo de un código ético, como también la creación de unos cursos de formación que incidan sobre la dinámica de la violencia, la dominación y el poder, con la finalidad de controlar las aptitudes profesionales del mediador de forma estricta – lo cual se puede hacer realidad a través del establecimiento de un registro público homologado a nivel estatal y autonómico-.

4. BIBLIOGRAFÍA.

⁶⁸ Vid. C. VILLACAMPA ESTIARTE, *op.cit.*, p. 5. En el mismo sentido, M. HÉRCULES DE SOLÁS CARDEÑA, *op.cit.*, p. 12; y A. BELTRÁN MONTOLIÚ, *op.cit.*, p. 12.

- A. ARMENGOT VILAPLANA. "La incorporación de la mediación en el proceso penal español". *Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 106, Enero-febrero 2014, pp. 91-113.
- S. BARONA VILAR, et al (dir.). *La mediación penal para adultos: una realidad en los ordenamientos jurídicos*, 1ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- S. BARONA VILAR. "La mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa". *Revista de Derecho Penal*, nº 26, 2009, pp. 11-53.
- S. BARONA VILAR. "Mediación penal: un instrumento para la tutela penal". *Revista del Poder Judicial*, nº 94/2012, 2012, pp. 23-32.
- N. BELLOSO MARTÍN. "El paradigma conflictivo de la penalidad, la respuesta restaurativa para la delincuencia". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, nº 20, 2010, pp. 1-20.
- A. BELTRÁN MONTOLIÚ. "Justicia restaurativa y mediación penal en los modelos anglosajones". *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV (ReCrim)*, nº 11, 2014, pp. 23-52.
- M. A. CARBALLO CUERVO, "Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género". A *Violencia doméstica*. 1ª Ed. Sepin Editorial Jurídica, Las Rozas (Madrid), 2005, pp. 11-78.
- P. CASANOVAS; J. MAGRE; Mª. E. LAUROBA (dir.). *Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya*. 1ª Ed. Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya i Huygens Editorial, Barcelona, 2010.
- R. CASTILLEJO MANZANARES; Mª. A. CATALINA BENAVENTE. *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*. 1ª Ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.
- R. CASTILLEJO MANZANARES; C. TORRADO TARRÍO; C. ALONSO SALGADO, "Mediación en violencia de género", *Revista de Mediación*, nº 7, Mayo 2011, pp. 38-45.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Guía práctica de actuación contra la violencia doméstica*. Informe. Inédito. Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, 21 de marzo de 2001.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Mediación intrajudicial en España: datos 2015*. Informe. Inédito. Consejo General del Poder Judicial, 2016.
- M. CORCOY BIDASOLO; S. MIR PUIG, et al. (dir.). *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 1ª Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- F. CORSÓN PEREIRA; E. GUTIÉRREZ HERMANZ. *Mediación y Teoría. Colección práctica de mediación*, 1ª Ed. Dykinson, Madrid, 2014.

- C. CUADRADO SALINAS. "La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?" *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 17, 2015, pp. 1-25.
- V. DOMINGO DE LA FUENTE. "Justicia restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto...", *Diario La Ley*, nº 7701, 2011.
- P. ESQUINAS VALVERDE. *Mediación entre víctima y agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?* 1ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- P. ESQUINAS VALVERDE. "La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?" *Revista Penal. Parte Doctrina*, nº 18, 2006, pp. 55-101.
- P. FARALDO CABANA; M^a. A. CATALINA BENAVENTE, "La formación y especialización de los agentes implicados en la lucha contra la violencia de género". *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 28, nº 2, 2016, pp. 181-215.
- M^a. A. FERNÁNDEZ LÓPEZ. *La mediación en procesos por violencia de género*, 1ª Ed. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, S.A., Navarra, octubre 2015.
- J. FERNÁNDEZ NIETO; A. M. SOLÉ RAMÓN. *El impacto de la mediación en los casos de violencia de género: un enfoque actual práctico*, 1º Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.
- M^a. J. GUARDIOLA LAGO. "La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal". *Revista General de Derecho Penal*, nº 12, 2009, pp. 1-41.
- A. GUIMERÁ GALIANA. "La mediación-reparación en el derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Cataluña". *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 2/2005, 2005, pp. 1-22.
- M. HÉRCULES DE SOLÁS CARDEÑA. "La mediación como herramienta resolutoria en determinados casos de violencia de género". *Documentos de Trabajo Social*, nº 52, 2013, pp. 255-272.
- M. HEREDIA PUENTE. "Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal". *Diario La Ley. Sección Doctrina*, nº 7257, 7 de octubre del 2009, pp. 1-10.
- M. JIMENO BULNES. "¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española". *Diario La Ley*, nº 5646/2015, 19-25 octubre 2015, pp. 12-23.
- L. F. JORGE MESAS. "La mediación en el proceso penal español. Experiencias en la jurisdicción ordinaria (adultos)". *Actualidad jurídica Aranzadi. Parte Comentario*, nº 498, Julio 2001, pp. 1-8.

- E. LARRAURI PIJOAN. "Justicia restauradora y violencia doméstica". *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 8, 2007, pp. 119-136.
- P. LAURENZO COPELLO (coord.); M^a. L. MAQUEDA ABREU (coord.); A. M. RUBIO CASTRO (coord.). *Género, violencia y derecho. La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo*, 1^a Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- V. MAGRO SERVET; C. HERNÁNDEZ RAMOS; J. P. CUÉLLAR OTÓN. *Mediación penal: una visión práctica desde dentro hacia fuera*, 1^a Ed. Editorial Club Universitario, Alicante, 2013.
- V. MAGRO SERVET. "Novedades de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito y especial incidencia en la violencia de género". *Diario La Ley*, nº 6220/2015, 9-15 noviembre 2015, pp. 7-12.
- E. MARTÍNEZ GARCÍA. "Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el "iuspuniendi" del Estado". *Revista de Derecho Penal*, nº 33, 2011, pp. 9-32.
- M^a. C. MARTÍNEZ SÁNCHEZ. "La justicia restaurativa y un modelo integrador de justicia penal". *Revista de Derecho UNED*, nº 16, 2015, pp. 1237-1263.
- A. MONTSERRAT QUINTANA (dir.). "Guía para la práctica de la mediación intrajudicial". *Revista del Poder Judicial* (Consejo General del Poder Judicial). Madrid, 2013, pp. 87-120.
- M^a P. MUNUERA GÓMEZ; M^a E. BLANCO LARRIEUX. "Una mirada hacia mediar o no mediar en casos de violencia: Sara Cobb. *Revista de Mediación*, nº 7, mayo 2011, pp. 32-37.
- NACIONES UNIDAS, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*. Informe. Inédito, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2006.
- E. PASCUAL, et al. "Una experiencia de mediación en el proceso penal". *Boletín Criminológico del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología*, nº 102, Enero – Febrero 2008, pp. 1-4.
- C. PELIKAN. "Victim-Offender-Mediation in domestic violence cases – A comparison of the effects of Criminal Law intervention: the penal process and mediation. Doing qualitative research". *Forum Qualitative Social Research*, Vol. 3, nº 1, Art. 16, January 2002, pp. 1-20.
- C. A. PÉREZ GINÉS. "La mediación penal en el ámbito de la violencia de género "o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento"". *Diario La Ley*, nº 7397, 2010, pp. 56-68.
- J. L. RODRÍGUEZ LAINZ. "Mediación penal y violencia de género". *Diario La Ley*, nº 7557, 2011.

- I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *et al.* *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*, 1ª Ed. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2013.
- I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI; I. PORRES GARCÍA; M. SÁNCHEZ RECIO. "El modelo de justicia restaurativa: una propuesta de aplicación tras la entrada en vigor de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito". *Revista de Victimología*, nº 2, 2015, pp. 1-26. <<http://dx.doi.org/10.12827/RVJV.2.06>>.
- J. Mª. TAMARIT SUMALLA (coord.). *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, 1ª Ed. Editorial Comares S.L., Granada, octubre 2012.
- J. Mª. TAMARIT SUMALLA (coord.), *et al.* *El Estatuto de las Víctimas de Delitos*, 1ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- J. Mª. TAMARIT SUMALLA. "El necesario impulso de la justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012". *Ars Iuris Salmanticensis: Revista Europea e Iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología. Estudios*, nº 1, Junio 2013, pp. 139-160.
- J. Mª TAMARIT SUMALLA. *Evaluación del programa de mediación penal de adultos*. Informe. Inédito. Ámbito social y criminológico del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Catalunya, 2013.
- A. VALL RIUS; N. VILLANUEVA REY. *El programa de mediación en la jurisdicción penal ordinaria: un estudio sobre tres años y medio de experiencia*. Informe. Inédito, Formación e Investigación Social y Criminológica, Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Catalunya, 2003.
- F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, "Algunos argumentos victimológicos y de prevención especial para la derogación del apartado quinto del artículo 87 ter de la LOPJ: ¿Por qué abrir la mediación penal a los casos de violencia en la pareja?" *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 15, 2016, pp. 233-264.
- F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, "Posibilidades y límites de aplicación de la mediación penal en casos de violencia de género" en M. S. Rodríguez Calvo (Dir.), *et al.*, *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 311-332.
- C. VILLACAMPA ESTIARTE, *et al.* (coord.). *Violencia de género y sistema de justicia penal*, 1ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- C. VILLACAMPA ESTIARTE. "Los modelos de asistencia a las víctimas del delito: situación en España y perspectiva comparada". *Revista General de Derecho Penal*, nº 13, 2010, pp. 1-47.
- C. VILLACAMPA ESTIARTE. "Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género". *Revista Penal. Parte Doctrina*, nº 30, Julio 2012, pp. 177-216.